Zeitschrift

für die

gesamte Strafrechtswissenschaft.

Unter ständiger Mitarbeiterschaft

der Herren

Dr. E. Beling, orb. Professor in Tübingen, Dr. R. Frank, orb. Professor in Tübingen, Dr. R. v. Hippel, orb. Professor in Göttingen,

Dr. H. Knapp, K. Archivar in Nürnberg, Dr. W. Mittermaier, orb. Professor in Gießen,

herausgegeben von

Dr. Franz v. Liszt, orb. Prof. der Rechte in Berlin, Dr. Karl v. Lilienthal, orb. Prof. der Rechte in Heidelberg,

und

Dr. Paul Herz, Senats-Präsident am Reichs-Militärgericht in Berlin.

Dreiundzwanzigster Band.



Berlin, 1903.

J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H.

35.

Rechtsphilosophie und Jurisprudenz.

Von Dr. jur. Oskar Kraus, Dozent der Philosophie an der deutschen Universität in Prag.

I.

Ihering und Brentano.

1. Seit den denkwürdigen Tagen, da Sokrates im Kampfe gegen die frivolen Angriffe der Sophisten auf die sittlichen Grundlagen von Recht und Staat die Überzeugung verfocht, daß es ein Wissen in ethischen Dingen gebe und daß die natürlichen Erkenntnisquellen für recht und sittlich in unserm eigenen Innern zu suchen seien, — bis auf unsre Zeit wird der Streit um die Prinzipienfragen der Ethik unabläßig bald mit größerer, bald mit geringerer Lebhaftigkeit geführt.

2. Gibt es etwas, in Rücksicht dessen von einem richtigen und unrichtigen Verhalten unsres Fühlens und Wollens, (unsrer Gemütsthätigkeit) in analoger Weise die Rede sein kann, wie von einem richtigen und unrichtigen Verhalten unsres Urteilens gegenüber dem Wahren? . . mit andern Worten: gibt es etwas um seiner selbst willen Liebens- und Erstrebenswertes, wie es ein um seiner selbst willen Wahres und Anerkennenswertes gibt? Kurz: gibt es ein absolut Gutes? Diese Frage wird von der einen Seite mit ebenderselben Entschiedenheit bejaht, mit der sie von der andern verneint wird, und zu jeder Zeit hat die eine und andre Ansicht zahlreiche Vertreter gefunden.

3. In der Gegenwart freilich scheinen die Leugner jedweder absoluten Norm die Oberhand zu gewinnen. Nicht nur unter den Ethikern im engern Sinne ist ihre Zahl so erheblich gewachsen, daß man füglich ihre Lehre als die herrschende bezeichnen kann —

was seltsamer ist — die Mehrzahl der Juristen und juristischen Rechtsphilosophen, also gerade jene, die in erster Reihe das sokratische Lebenswerk zu dem ihren machen und die sittliche Sanktion der positiven Gesetze gegenüber jeder Anzweiflung mit allen Waffen des Geistes vertheidigen sollten, leisten ihnen Gefolgschaft.

Es müssen Gründe von schwerem Gewichte sein, welche diese gesetzestreuen Männer bewegen, in die Reihe jener zu treten, die den völligen Relativismus und Subjektivismus auf dem Gebiete des Rechts und der Sittlichkeit predigen, um so — gewiß unabsichtlich — mit den Skeptikern und Sophisten, den zersetzendsten Elementen in der menschlichen Geschichte, gemeinsame Sache zu machen!

Treten wir diesen Gründen näher.

4. Wir finden so ziemlich alles, was die modernen rechtsphilosophischen Widersacher eines absoluten ethischen Ideals vorzubringen vermögen, in den Schriften v. Iherings, des typischesten und angesehensten neuern Vertreters dieser Richtung, zusammengetragen. Die historische Methode, die auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft in dem verflossenen Jahrhundert die glänzendsten Triumphe gefeiert, muß nach Ihering auch in den andern ethischen Disziplinen zur Herrschaft gelangen. Auf der Basis geschichtlich-gesellschaftlicher Erfahrung und der vermöge ihrer gewonnenen Erkenntnis der Relativität aller gesellschaftlicher Maximen muß die Ethik neu gegründet werden. Denn wenn irgend etwas, so stehe durch die vergleichende Geschichtswissenschaft und Völkerkunde das eine fest, daß es keine einzige sittliche Vorschrift und keinen einzigen Rechtssatz gibt, von dem man sagen dürfte, daß er aller Orten und zu allen Zeiten und für alle Völker in Geltung stünde.

5. Ein Widerspruch gegen diese Behauptung scheint kaum möglich; es gibt Gesetze, deren Übertretung bei dem einen Volke auf das Schärfste verpönt ist, während bei andern keine Spur einer derartigen Vorschrift vorhanden ist, vielmehr das Gegenteil der Volksmoral entspricht. So ist bei uns die Polygamie ein mit schwerer Strafe bedrohtes Verbrechen, bei den Orientalen aber eine staatlich sanktionierte Institution; oder es ist bei diesen die Ehe mit einem Mädchen unter 14 Jahren nicht verboten, wohl aber bei uns. Die Kindesweglegung wird nach den heutigen Gesetzen der Kulturvölker schwer bestraft, die Spartaner ließen sie bei Schwächlichkeit eines Neugeborenen von staatswegen verfügen. Die Menschen-

fresserei wird bei uns als eine grauenhafte Bestialität verabscheut, bei manchen afrikanischen Völkerschaften erfreut sie sich allgemeinster Beliebtheit. Und würde einer etwa glauben, eine Norm, die, wie der Satz des Dekalogs: Du sollst nicht töten, in das moralische Bewußtsein aller zivilisierten Völker übergegangen ist, müßte wenigstens bei diesen ausnahmslos gelten, so beweist jede Hinrichtung eines Verbrechers, jede Tötung auf dem Schlachtfelde — dem Felde der Ehre — das Gegenteil. — Solche und ähnliche Beispiele werden von den modernen Vertretern der historischen Auffassung herangezogen, um den Satz zu beweisen, daß keine einzige sittliche und rechtliche Norm allüberall und jederzeit und unter allen Umständen verbindlich sei.

6. Man würde jedoch irren, wollte man glauben, erst die fortgeschrittene ethnographische und geschichtliche Forschung der Gegenwart hätte das für eine solche Induktion hinreichende Erfahrungsmaterial zu Tage gefördert, und eine frühere Zeit habe aus diesem Grunde zu der modernen Auffassung nicht gelangen können. Nicht nur Plato, der viel gereiste, auch Aristoteles, der Kenner von mehr als anderthalbhundert Staatsverfassungen, kannte die verschiedensten Sitten, Gebräuche und Gesetze, ja schon Herodot, der Vater der Geschichte und Völkerkunde, berichtet von der erstaunlichsten Divergenz in den moralischen Überzeugungen, die ihm bei den verschiedenen Völkerschaften begegnet sind. Kein prächtigeres Beispiel hätten die Modernen ersinnen können, als es uns im 3. Buche der Historien Herodots überliefert ist. „Als Dareios König war", heißt es dort, „berief er die Hellenen, die bei ihm waren, und fragte sie, was sie verlangten, wenn sie die Leichen ihrer Väter sollten aufessen: sie aber sagten, das würden sie um keinen Preis thun. Hierauf berief Dareios die Kalatier, ein indisches Volk, die ihre Väter essen, und fragte sie in Gegenwart der Hellenen, was sie haben wollten, wenn sie die Leichen ihrer Väter sollten mit Feuer verbrennen; sie aber schrieen laut auf und sagten, er solle nicht so gottlos reden."

7. Freilich hat weder der fromme Sinn Herodots, noch der philosophische Geist Platos und Aristoteles' aus derartigen Tatsachen die Folgerung unsrer heutigen Relativisten gezogen. Wohl aber haben spätere Denker der philosophischen Decadence auf solche Tatsachen hingewiesen, um zu den nämlichen Konsequenzen wie die Modernen zu gelangen. Ein Umstand, der seltsamer Weise

von diesen zur Verstärkung ihrer Position nicht herbeigezogen wurde. Sextus Empirikus im 14. Kapitel des 1. Buches seiner Pyrrhoneischen Hypotyposen, — (wo er von den 10 Arten handelt, die skeptische Zurückhaltung zu begründen) und insbesondere im 24. Kapitel des 3. Buches häuft eine Fülle von Beispielen, die mit jenen der modernen Relativisten mitunter buchstäblich übereinstimmen.

So sagt er an einer Stelle: „Auch befiehlt ein Gesetz bei uns, daß jeder nur eine heirate, bei den Thrakern und Gaetulern heiratet jeder viele.“ Oder: „Auch ist ein Gesetz, die Mörder zu strafen, die Zweikämpfer aber gelangen, wenn sie töten, sogar zu Ehren.“ Oder an einer andern: „Aber auch Menschenfleisch zu genießen, ist bei uns unerlaubt, bei fremden Völkern aber ist es etwas ganz und gar Indifferentes.“

Diesen Beispielen und vielen andern, sagt Sextus Empirikus, ist gemeinschaftlich, daß sie dartun, wie in ethischen Überzeugungen alles relativ, d. h. unter verschiedenen Umständen und bei verschiedenen Menschen verschieden sei. Die Berufung auf die Relativität, auf das „πρόσ τι“, welche hier hinsichtlich des Guten platzgreift, hat, wie Sextus Empirikus selbst bemerkt, der Sache nach eigentlich schon Protagoras hinsichtlich des Wahren eingeführt.

Der Skeptiker stützt sich also hier bezeichnender Weise auf den Sophisten.

8. Was hat Protagoras gelehrt?

Daß auf dem Gebiete des urteilenden Verhaltens jeder das Maß von allem sei und demnach oft für das eine Individuum wahr sein könne, was für das andre Subjekt falsch ist. Dies ist der Subjektivismus und Relativismus auf logischem Gebiete. Ein ganz analoges Verfahren auf die Klasse der Gemütsthätigkeiten angewandt, führt zu der Konsequenz, daß auch auf ethischem Gebiete jeder für alles maßgebend sei, für das Gute, daß es gut, für das Schlechte, daß es schlecht sei, so daß oft etwas zugleich in sich gut und schlecht sein könnte; in sich gut für alle, die daran Gefallen finden, in sich schlecht für alle, die es um seiner selbst willen verabscheuen. Dies ist es — wir haben es gesehen —, was die alten und neuen Subjektivisten und Relativisten in der Ethik tatsächlich behaupten.

Wenn ich daher früher sagte, diese Art von Juristen und

Rechtsphilosophen stünden auf einer Stufe mit den Skeptikern und Sophisten, so habe ich sie gewiß nicht verleumdet.

9. Doch indem eine Lehre als skeptisch oder sophistisch bezeichnet wird — könnte einer sagen —, sei sie noch nicht abgetan, es sei dies vielmehr selbst ein sophistisches Mittel, um eine Lehre, die man nicht widerlegen könne, beim Hörer zu kompromittieren. Und in der Tat — selbst die überzeugtesten Gegner[1]) dieser Lehrmeinungen gestehen es zu — die Vertreter dieser Lehre sind unwiderlegbar.

10. Was zunächst den Skeptiker anlangt, so wird er jedem Gegengrund, und mag er noch so axiomatisch und evident sein, seinen prinzipiellen Zweifel entgegensetzen. Ist er aber wirklich konsequent, so bezweifelt er auch seine eigenen Sätze und ist demnach nur darum unwiderlegbar, weil er in Wahrheit nichts behauptet.

Er steht also außerhalb jeder Wissenschaft.

11. Nicht ganz so leicht sind die Sophisten abzutun, von denen schon Protagoras übermütig auf die Unwiderleglichkeit seiner Lehre, alles sei wahr, was immer einer glaube, hingewiesen hat. Denn gesetzt, einer urteile, daß ein Irrtum möglich sei, dann gibt der Sophist ohne weiteres zu, daß für diesen Irrtum möglich sei, aber eben, weil dies dann wahr, irrt er auch jetzt nicht und somit ist kein Ausnahmsfall gegeben; und wenn einer die Lehre des Protagoras bezweifelt und sagt, diese Lehre sei falsch, so ist es für ihn wahr, daß Protagoras irrt, aber eben darum ist auch dies kein Ausnahmsfall. — Es ist, wie wenn jemand verlangt, man solle ihn widerlegen, wenn er behauptet, das Widersprechende sei wahr; was soll es nützen, seine Annahme auf Widersprüche zu führen, da er ungescheut das Widersprechende als möglich anerkennt? Wie in diesem Falle der Begriff der Widerlegung, so ist bei Protagoras der Begriff des Wahren als des mit Recht zu Bejahenden aufgehoben und ein andrer — der des faktisch Geglaubten — an die Stelle gesetzt. Wer aber den Begriff des Wahren fälscht, fälscht den der Erkenntnis und daher steht, wie der Skeptiker, so auch der Sophist außerhalb jeder Wissenschaft.

---

[1]) So Franz Brentano in seinen Vorlesungen über Geschichte der Philosophie, der diesen Lehren auf die im § 10 und 11 angedeutete Weise begegnet.

12. Nach der nämlichen Methode nun wie Protagoras verfährt, wer den Begriff des Liebens- und Erstrebenswerten durch den Begriff des Liebbaren oder faktisch Geliebten und Bevorzugten ersetzt. Diese Umprägung des Begriffes des Guten ist so innig verwandt mit der Fälschung des Wahrheitsbegriffes, daß schon Plato sie als Konsequenz des sophistischen Gedankenganges darstellte. Die Worte, die Sokrates im Theätet dem Sophisten in den Mund legt *οἷα γ'ἂν ἑκάστῃ πόλει δίκαια καὶ καλὰ δοκῇ ταῦτα καὶ εἶναι αὐτῇ ἕως ἂν αὐτὰ νομίζῃ* sind noch heute das credo der Relativisten; man vergleiche nur, wie Jhering ganz auf dieselbe Weise lehrt, das Gute bestehe darin, worin es nach der jeweiligen Meinung der Gesellschaft besteht, und hierbei vor keiner noch so absurden Konsequenz zurückschreckt. Wenn das heidnische Rom mit Schwert und Feuer gegen die Bekenner des neuen Glaubens wütet, derselbe Staat einige Zeit später die Ketzer zu Tausenden dem Scheiterhaufen überliefert und endlich der heutige Staat den Grundsatz der Glaubensfreiheit allmählich anerkennt, so antwortet Jhering auf die Frage, welcher dieser Standpunkte ist der richtige? ohne Scheu: alle drei, jeder zu seiner Zeit! (Zweck im Recht I, 448).

13. Es ist klar: So wenig als vom Standpunkte des Protagoras eine Logik, so wenig ist von diesem Standpunkte eine Ethik möglich, es wäre daher nur konsequent, wenn die Forscher dieser Richtung damit Ernst machen würden, an die Stelle der Ethik eine bloße psychologisch-historische Untersuchung zu setzen, auf den Namen einer Ethik jedoch für diesen Zweig der Völkerpsychologie keinen Anspruch erheben würden.

14. Solche Konsequenz findet man leider selten; am allerwenigsten bei den Rechtsphilosophen[2]), von denen ich spreche. Diese leugnen zwar, daß es irgend eine absolut verpflichtende Norm gebe, behaupten aber unverdrossen, daß die staatlichen Gesetze zum Gehorsam verpflichten. Eine solche Behauptung ist offenbar nur möglich, indem sie entweder als unbewiesenes Dogma hingestellt oder vermöge allerlei Äquivokationen und Trugschlüsse aufrecht erhalten wird. Ich will es einer andern Gelegenheit vorbehalten, zu zeigen, wie die einen (Bierling, Thon u. a.) die Frage nach

---

[2]) Der Kampf mit den Relativisten aus dem Lager der Psychologen muß an anderem Orte ausgetragen werden.

der sittlich-rechtlichen Verbindlichkeit mit der Frage nach der faktisch motivierenden Wirksamkeit der Gesetze verwechseln — andre wiederum mit Binding die Gehorsamspflicht auf die Autorität des Gesetzgebers zu gründen versuchen, als ob nicht jeglichem Befehle gegenüber, möge er welchem Urheber immer zugeschrieben werden, die Frage nach seiner Berechtigung wiederkehren würde; auch kann und brauche ich wohl nicht näher auszuführen, daß dieselben Einwände in noch höherem Maße alle erneuten Versuche treffen, mit Thrasymachos das staatliche Gesetz als den machtvollen Befehl des physisch Stärkern, oder mit Kallikles als den durch Übertölpelung durchgesetzten Willen des physisch Schwächern zu erklären.

15. Es sei mir nur gestattet, auf die höchst seltsamen Mittel hinzuweisen, deren selbst ein Ihering sich bedient, um, ungeachtet seiner relativistischen Doktrin, von einer sittlichen Sanktion reden zu können. Da wird zuerst dem Menschen ein andres Begehren als das nach Art des tierischen Selbsterhaltungstriebes abgesprochen, um dann das Ganze der menschlichen Gesellschaft als lebendes Wesen zu erklären, dessen Egoismus eben den Namen der Sittlichkeit trägt. Und nun meint Ihering, hier ganz in Hegelscher Weise und Willkür philosophierend, ist der Egoismus in sein gerades Gegenteil umgeschlagen, er hat sich selbst negiert.

Die Befehle, die den Begierden dieses sozialen Leviathans entstammen, erscheinen nach dieser Ansicht als sittlich sanktioniert, möge ihr Inhalt wie immer beschaffen sein, gut ist, was ihm beliebt.[3])

16. Es kann mir einer einwerfen: wohl ist dies alles absurd — aber der Ausgangspunkt des gegnerischen Gedankenganges blieb unwidersprochen; oder wagt jemand zu leugnen, was offenkundig ist, daß zu andern Zeiten und andern Orten der positive Rechts- und Moralkodex ein verschiedener ist? — Weit entfernt dies zu leugnen, behaupte ich vielmehr, daß eine solche Verschiedenheit sogar vollkommen sittlich berechtigt sein kann. Denn die positiven Vorschriften der Sitte und des Rechts sollen nichts anders sein als Anweisungen, um in den verschiedenen (mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehrenden) Lagen des Lebens sich so zu verhalten, daß jeweils das größtmögliche Gute resultiert; nur dieser eine Zielpunkt, diese eine Norm, muß unverrückt feststehen,

---

[3]) Man vergleiche Zweck im Recht II 192 ff.

soll nicht, wie Aristoteles sagt, alles menschliche Streben eitel und nichtig sein. Unter verschiedenen Umständen natürlich gibt es verschiedene Mittel, um diesen einen höchsten Zweck zu erreichen, und daher können alle sekundären Regeln der Ethik, und dahin gehören auch jene des Rechts bei verschiedenen Völkern, so verschieden sein, als sie wollen, sie mögen selbst entgegengesetzt lauten — sie sind doch richtig, wenn sie auf die konkreten Verhältnisse weislich berechnet das höchste Ideal wahrhaft fördern; die Relativität der sekundären abgeleiteten ethischen Vorschriften ist ebenso zu fordern, wie die Relativität der höchsten ethischen Norm verworfen werden muß.

17. Es wird nun jedermann leicht einsehen, wie es beispielsweise ethisch zu rechtfertigen ist, daß bei uns die Altersgrenze für die Ehe eine andre ist als bei den Südländern, oder wie die Tötung eines Menschen durch Rücksichten höherer Art den verbrecherischen Charakter verliert. Unmöglich aber wird man alles rechtfertigen können, was im Laufe der Geschichte uns entgegentritt, sei es, daß es, wie die Gebräuche der Kannibalen, jeden Anflug von ethischem Denken und Fühlen vermissen läßt, sei es, daß es, wie so manches Gesetz kulturell höher stehender Völker, auf völligem Fehlgreifen in der Wahl der richtigen Mittel beruht.

Es gibt unmoralische Sitten, wie es ungerechte Gesetze gibt.

18. Das alles hat schon Aristoteles und dessen Schule als gesicherte Überzeugung betrachtet. Ihering, der die Geschichte der Philosophie nicht in gleicher Weise beherrschte wie die Geschichte des römischen Rechtes, wurde erst nach Herausgabe seines Werkes über den „Zweck im Recht“ auf diese Philosophen aufmerksam gemacht, scheint aber die richtige Relativitätslehre von seiner eignen falschen so wenig haben unterscheiden können, daß er sie vielmehr als mit ihr identisch und daher sein eignes Buch für überflüssig erklärte. Möglich ist es immerhin, daß es nur noch eines Anstoßes bedurft hätte, um einem so entschiedenen Theisten wie Ihering die Unvereinbarkeit seines Standpunktes mit der Überzeugung von dem Bestehen eines göttlichen Weltenplanes darzuthun und ihn für die richtige Lehre zu gewinnen.

19. Es kann also, dies ist den Anhängern der Iheringschen Rechtsphilosophie und Ethik zugegeben, kein Naturrecht geben, dessen Kodex unter allen Umständen

verbindlich wäre, und ebensowenig einen Kodex von Sittenregeln, der dies beanspruchen dürfte. Der Satz, keine Regel ohne Ausnahme, gilt auf ethischem Gebiete — mit Ausnahme des einen und höchsten Gebotes, von dem alle übrigen abhängen — ausnahmslos.

20. Nur die Anerkennung eines obersten ethischen Prinzips ist unabweislich: ohne dieses verlören wir der lex lata gegenüber jeden kritischen Maßstab und infolgedessen auch jede Richtschnur für die lex ferenda. Denn der falsche Relativismus in Recht und Moral würdigt den ethischen Wert zum Marktwerte herab, der mit der Zahl seiner Liebhaber im Kurse steigt und fällt; von diesem Standpunkte hätte der Gesetzgeber, um seinen Beruf zu erfüllen, nichts andres zu tun, als lediglich das zum Gesetz werden zu lassen, was der allgemeinen Volksüberzeugung, dem Volksbewußtsein — Volksgeiste — am besten entspricht. Von einer pädagogisch sittlichen Fürsorge seitens dieses Staates kann folgerichtig keine Rede mehr sein; von dem Geiste der Gerechtigkeit atmen seine Gesetze keine Spur. Ein solches Gemeinwesen aber, seinem wahren Ziele, der Verwirklichung des Guten völlig entfremdet, wäre dem sichern Untergang geweiht. Die Forderung Platos, der Gesetzgeber habe die Volksinstinkte zum Bessern zu lenken, würde — von allem andern abgesehen — in ihr Gegenteil verkehrt: die Volksinstinkte regierten nunmehr den Gesetzgeber; der einzige Weg, auf welchem etwa auch dieser Auffassung zufolge der Staatsmann seiner Zeit vorauseilen kann, ist der eines geschickten Spekulanten: Sieht er ein Umschlagen der Volksmeinung voraus, so bereitet er in der Stille jene Gesetze und Maßnahmen vor, die zur gegebenen Stunde der Marktlage am besten angepaßt sein werden.

21. So viel also dürfte klar sein: eine höchste sittliche Pflicht, eine absolute oberste Norm, die zu befolgen recht, die zu mißachten unrecht ist, muß es geben; es wird auch kaum jemand etwas an der Formulierung auszusetzen haben, die wir vorhin diesem kategorischen Imperativ gegeben haben: „Strebe unter allen Umständen das größtmögliche Gute an, das Beste unter dem für Dich Erreichbaren."

Dagegen wird sofort die Frage auftauchen: was ist gut, was ist das beste? Woran ist es zu erkennen?

Ich habe bereits vor einigen Jahren in dieser Zeitschrift darauf hingewiesen, daß die psychologische Forschung unsrer Tage

die Antwort auf diese Frage gefunden hat. In einer Abhandlung über das Motiv[4]), wie auch in späteren Schriften, habe ich auf Franz **Brentanos** Werk über den „Ursprung sittlicher Erkenntnis" aufmerksam gemacht und betont, daß die Lösung dieses Problems nunmehr vollkommen gesichert ist.

22. Wir sahen eben, es kann kein vernünftiger Zweifel obwalten, daß es absolut Wahres gibt; das Kriterium des Wahren besitzen wir aber bekanntlich an einem gewissen auszeichnenden Charakter unseres Urteils an seiner **Evidenz**, seiner **Einsichtigkeit**. Wie einsichtige **Urteile**, so gibt es ähnlich **Gemütsakte**, denen in **analoger** Weise ein auszeichnender Charakter zukommt, durch den sie als recht oder richtig erkennbar sind; **das mit Recht zu Liebende, das Liebwerte, das sich uns auf diesem Wege offenbart, ist die Lust, die Vorstellungsbereicherung, die Erkenntnis, und jede Art geistiger Vollkommenheit, gleichgiltig, ob in uns oder in andern verwirklicht.**

Die Summierung dieser Güter erfassen wir als das Bessere gegenüber ihrer Verminderung, und eine weitere Überlegung macht klar, daß ihre größtmögliche Verbreitung das vorzüglichste Ziel alles menschlichen Strebens ist.

23. Die psychologische Reflexion[5]) gelangt so zu einem Resultate, die mit der sittlichen Überzeugung der Kulturmenschheit auf das vortrefflichste harmoniert; man blicke auf die sozialreformatorischen Bestrebungen der Gegenwart; die einen haben die möglichste Linderung von Schmerz, Not und Elend, die andern die Bekämpfung der Unwissenheit und des Irrtums, und wieder andre die Entwurzelung sittlicher Verworfenheit zum Zweck; möglichste Verbreitung des Wohlseins und der Freude, der edlen, insbesondere ästhetischen Genüsse, Allgemeinheit des Wissens und der sittlichen Vollkommenheit ist ihr Ideal.[6]) Unter dem Namen des „kulturellen Fortschrittes" wird die Vermehrung dieser geistigen Güter zusammengefaßt, und was diesem Fortschritte dient, bedarf nach allgemeiner

---

[4]) Z XVII S. 468 ff.

[5]) Näheres ist in **Brentanos** cit. Werke, sodann in meinem Buche „Zur Theorie des Wertes", dann in meinen rechtsphilosophischen Abhandlungen zu finden.

[6]) Vgl. meinen Vortrag: Die Kulturaufgaben der Gegenwart. Herausgegeben vom Verein zur Verbreitung gemeinnütziger Kenntnisse, Nr. 233. Prag.

Überzeugung keiner weiteren Rechtfertigung; hier handelt es sich eben um die letzten, in sich begehrenswerten Zwecke, um die höchsten absoluten Werte.[7])

24. Leicht begreift sich von diesem Standpunkt das Verhältnis des positiven Rechts zur Ethik; der Staat und die Rechtsordnung ist eine menschliche Institution, deren Bestand durch die Rücksicht auf die größtmögliche Summierung der absoluten Werte gefordert ist. „Die Vereinigung, welche eine Teilung der Arbeit möglich macht", schreibt Brentano[8]), „kann allein die Bedingung für die Erreichung des höchsten praktischen Gutes, wie wir es erkannt haben, werden. So ist denn der Mensch ethisch bestimmt zum Leben in der Gesellschaft. Und leicht ists nachweisbar, wie hier, damit nicht jeder für jeden mehr störend als fördernd werde, Grenzen des freien Willens einer jeden Persönlichkeit bestehen müssen, und wie diese Grenzen (wie immer sich hier manches aus bloßer natürlicher Erwägung ergibt) doch einer genaueren Bestimmung durch positive Determination und einer weiteren Sicherung durch die unterstützende öffentliche Gewalt bedürfen." — Ein bekanntes Wort variierend kann man sagen: gäbe es nicht einen Staat, man müßte ihn erfinden; daß er entstanden ist, obwohl durch zahllose Zweckhandlungen einzelner, so doch ohne

[7]) Wenn Jeremias Bentham, der größte Strafrechtsphilosoph seit Plato und Aristoteles, als oberstes Moralprinzip das greatest happiness principle aufstellte und hierbei neben der Lust nichts andres Liebenswertes anerkennt, so hat er gerade die edelsten, geistigen Güter vernachlässigt und bedarf in dieser Hinsicht der Korrektur; was er jedoch über die Notwendigkeit sagt, bei der Grundlegung der Zivil- u. Kriminalgesetzgebung von einem obersten, ethischen Prinzip auszugehen, gehört heute noch zu dem Beherzigenswertesten, was über diese Dinge vorgebracht wurde; auch für wichtige Detailfragen der zivil- und strafrechtlichen Prinzipien hat er lichtvolle Gesichtspunkte aufgefunden, die in der neuesten Gesetzgebung langsam zum Durchbruch kommen. Mag sein, daß der verwerfliche eudämonistische Standpunkt Benthams bei vielen seine Vorzüge verdunkelt hat; durch die ungleich tiefere Analyse Brentanos sind die Mängel der Benthamschen Rechtsphilosophie u. Ethik beseitigt und zugleich deren gerechtere Würdigung angebahnt worden. Vgl. meine Benthamstudie „Zur Theorie des Wertes", Halle 1901, und Mohl, Geschichte und Litteratur der Staatswissenschaften 1855 Bd. III.

[8]) „Ursprung" S. 30, vgl. daselbst Anm. 44, wo er die Definitionen von Arndts, Sintenis, Windscheid u. a., denen gemäß es sich beim Rechte um Verfügungssphären für den Willen handelt, gegen Ihering verteidigt. Doch hat Ihering, indem er dem Rechte die Sicherung der „moralischen Existenzbedingung" vindiziert, sich selbst dieser Auffassung genähert.

überschauenden Plan[9]), und daß er aus den unscheinbarsten Anfängen zu einer Gestaltung gedieh, die ihn befähigte, seine Kulturmission zu erfüllen, ist eine jener wunderbaren geschichtlichen Erscheinungen, die das Vertrauen auf eine vernünftige Weltordnung, wie es Ihering und neuestens Kohler ausgesprochen, recht wohl mitzubegründen imstande ist.

25. Wir müßten früher Gesagtes wiederholen, wollten wir hier nochmals auseinandersetzen, daß selbstverständlich die positiven Rechtssätze, um wahrhaft praktisch zu sein, gleich den ärztlichen Rezepten, je nach Umständen verschieden zu lauten haben, und daß die Übereinstimmung, die gewisse dieser Vorschriften schier bei allen zivilisierten Völkern zeigen, nur in der zufälligen Gleichheit jener Umstände begründet sind, die trotz Verschiedenheit der Zeit und des Ortes bei allen wiederkehrten.

Ungeachtet der Klarheit, mit welcher diese Auffassung in Brentanos Schrift vorgetragen ist, hat man vonseiten des Positivismus die Verdächtigung „naturrechtlicher Spekulation" gegen unsre Rich-

---

[9]) Stoerk in seiner Schrift, „Zur Methodik der öffentlichen Richter", Wien 1885, nennt unter Anführung eines Citates aus Bagehot diese Erkenntnis „das kostbarste Produkt einer hundertjährigen Geistesarbeit"; da scheint es nicht unangebracht, daran zu erinnern, daß Marty bereits in seinem Werke über die Entwicklung des Farbensinns 1879 S. 111 mit aller Klarheit Folgenes lehrte: „Jegliches in der Volkssprache — wie im anfänglichen Staats- und Rechtswesen — ist durch einen Erfinder gestiftet worden, der nur das nächste Bedürfnis im Auge hatte, das kleinere oder größere Ganze aber, wozu er beitrug, nicht überblickte." (Vgl. auch „Ursprung der Sprache" 1875 und die andern Abhandlungen dieses Autors in der Vierteljahrsschrift f. w. Philosophie, dann „Symbolae Pragenses".) Ihering hielt das Werden der Sprache von dem des Rechts für durchaus verschieden; in der That ist aber der Werdegang ganz analog, wie er sich denn auch anderwärts z. B. in der Entwickelung des wirtschaftlichen Lebens, des Geldwesens und der Schrift wiederholt; ein Unterschied greift erst in den fortgeschrittenen Stadien der Rechtsentwickelung insofern Platz, als ein planvolles Ausbauen und Reformieren der Gesetzgebung beginnt, während in der Sprache ein solcher Versuch bisher nicht ernstlich unternommen und wenigstens in der Volkssprache weniger nötig ist und auch weniger Aussicht auf Erfolg hat. Man vergleiche ferner die treffliche Vorrede Iherings zu seinem Fragmente über „die Entwickelungsgeschichte des römischen Rechtes" und Brentanos „Zukunft der Philosophie" S. 49". Ferner Jellineks „Recht des modernen Staates", wo auf die Erscheinung des Zweckwandels in der Rechtsentwickelung (die Parallelerscheinung des Bedeutungswandels in der Sprachgeschichte) aufmerksam gemacht wird.

tung erhoben, so insbesondere **Bergbohm**[10]), der Großinquisitor der orthodox positivistischen Glaubensgemeinschaft. Es ist für den Wahrheitsfreund betrübend zu beobachten, wie sehr die fanatische Leidenschaft für eine Idee auch auf wissenschaftlichen Gebieten die Urteilskraft geistig hochstehender Menschen zu trüben vermag.

Brentano beginnt seine Auseinandersetzungen damit, die Doppelsinnigkeit des Wortes „natürlich" aufzuzeigen, die darin liegt, daß man darunter 1. soviel wie „**naturgegeben**" oder „**angeboren**" (im Gegensatze zu „**erkannt durch Erfahrung oder Analyse**"); 2. soviel wie „**ihrer Natur nach richtig und bindend erkennbar**" (im Gegensatz zu willkürlich Angeordnetem) versteht. Die **angeborenen** Wahrheiten und Vorschriften sind mit **Locke** zu verwerfen; dagegen gibt es unzweifelhaft vieles, das seiner **Natur** nach als richtig und bindend erkennbar ist; wie z. B. die mathematischen Wahrheiten auf natürlichem Wege erkannt doch unumstößlich feststehen. **Bergbohm** sagt über diesen Punkt Folgendes: „F. **Brentano**, . . . versucht vergeblich, durch eine feine Unterscheidung zwischen zwei Bedeutungen von „natürlich" (§ 4) dem Vorwurf, als huldige er dem Naturrecht, zu entgehen. Seine Unterscheidung ist eben gar keine." — Wessen Unterscheidungsvermögen so getrübt ist, daß er den von **Brentano** so deutlich gekennzeichneten Unterschied nicht zu bemerken vermag, dem ist nun allerdings nicht zu helfen; — wer aber außer **Bergbohm** verkennt, daß der Satz $2 \times 2 = 4$, ohne **angeboren** zu sein, doch **richtig** ist? — Es stände aber schlimm um die sittliche Sanktion der staatlichen **Gebote**, wenn die Pflicht, ihnen zu gehorchen, ohne „natürlich" im Sinne von „angeboren" zu sein, nicht ihrer Natur nach als richtig erkennbar, kein natürliches Gebot wäre. Noch weiter reicht **Bergbohms** Mißverständnis; immer und immer wieder betont **Brentano**, daß es wohl ein seiner Natur nach als richtig erkennbares **höchstes** primäres Sittengesetz, dagegen **kein einziges sekundäres** Moralprinzip und daher auch keinen

---

[10]) „Jurisprudenz und Rechtsphilosophie". Von ihm sagt sein Kritiker im XXI. Band der Grünhutschen Zeitschrift: „Ganz nach den Maximen der alten inquisitio haereticae pravitatis erhebt der Verfasser gegen zahlreiche angesehene Schriftsteller ex leviori aliqua suspicione die Beschuldigung der „Ketzerei wider das Fundament der Rechtswissenschaft". — Auch **Brentanos** Schrift befindet sich auf dem Index.

einzigen Rechtssatz[11]) gibt, der unter allen Umständen gelten müßte. Bergbohm aber stellt diese Lehre in einem Lichte dar, das Brentano als Vertreter einer Vielheit absolut verbindlicher Rechtssätze erscheinen lassen muß. Man kann wohl sagen, daß ein Autor nicht gründlicher mißverstanden werden kann, und daß dies allein genügt, um das Vertrauen auf die Zuverlässigkeit der übrigen Referate und Urteile Bergbohms entschieden zu erschüttern.[12])

26. Wahr allerdings ist es, daß nach der von uns vertretenen Lehre nicht unsinnig ist, von einer natürlichen Rechtspflicht[13])

---

[11]) a. O. S. 6 in Verbindung mit S. 103 Anm. 47, S. 31 und 33 (§ 40) mit Anm. 49—51, S. 41 und S. 103 Anm. 45.

[12]) Was soll man auch dazu sagen, daß Brentano von Bergbohm als „ein den Spuren Herbarts folgender Denker" bezeichnet wird; es geschieht dies wohl darum, weil Brentano Herbart als den Einzigen nennt, der so entschieden, wie er, mit dem ethischen Subjektivismus gebrochen hat. Hätte Bergbohm die Abhandlung jenem Studium unterworfen, die sie verdient, statt sie nach oberflächlichem Blick seiner Massenabschlachtung zu unterziehen, er hätte Brentano vielmehr als einen „die Spuren Herbarts verlassenden Denker" namhaft machen müssen; denn B. sagt ausdrücklich: „Herbart verirrt sich ins Ästhetische"; wer aber diesen Irrweg Herbarts nicht betritt, von dem kann man wohl alles eher sagen, als daß er dessen Spuren folgt. Vgl. Brentano a. O. S. 11 u. 48.

[13]) S. 10 a. O. sagt Brentano weiter:

„es gibt Gebote auch noch in einem wesentlich andern Sinne (als Willensgebote); Gebote in der Bedeutung, in welcher man von Geboten der Logik spricht für unser Urteilen und Schließen. Nicht von dem Willen der Logik (die offenbar keinen Willen hat), noch von dem Willen der Logiker (denen wir in gar keiner Weise Treue geschworen haben) ist dabei die Rede. Die Gebote der Logik sind natürlich giltige Regeln des Urteilens, d. h. man hat sich darum an sie zu binden, weil das diesen Regeln gemäße Urteilen sicher, das von diesen Regeln abweichende Urteilen dem Irrtum zugänglich ist; es handelt sich also um einen natürlichen Vorzug des regelmäßigen vor dem regelwidrigen Denkverfahren. Um einen solchen natürlichen Vorzug und eine darin gründende Regel, nicht aber um ein Gebot fremden Willens, wird es sich also auch bei dem Sittlichen handeln müssen. Und das ist, was Kant, aber auch die Mehrzahl der großen Denker vor ihm energisch betont haben, was aber trotzdem noch immer von vielen — und leider auch gerade von Anhängern der empirischen Schule, der ich selbst angehöre — nicht recht verstanden oder gewürdigt wird." — Man vergleiche damit, was der viel verkannte Schloßmann in seiner methodisch bedeutsamen Schrift über den Vertrag (S. 175 ff.), man vergleiche ferner, was neuerdings Jellinek in seinem hervorragenden Werke über „das Recht des modernen Staates" (S. 437) vorbringt: „Der gewaltige Fortschritt, den die ethische

zu sprechen; und mag schon der Klang dieses Wortes auf manche Juristen von aufregender Wirkung sein, wir werden uns das natürliche Recht auf den Gebrauch des Terminus, der so entschieden auf das hindeutet, was dem positiven Recht die sittliche Sanktion verleiht, durch ein noch so entschiedenes Machtgebot und Anathema der Gegner nicht rauben lassen. Pflichtgemäß ist jenes Verhalten, das unter Berücksichtigung der konkreten Umstände in Hinblick auf das Beste des weitesten Kreises das richtige ist. Da nun das allgemein Beste, wie bemerkt, in erster Linie durch Teilung der Arbeit [14]) und die sie bedingende gesellschaftliche Vereinigung gefördert wird, so stehen begreiflicherweise auch diejenigen Pflichten im Vordergrunde, welche auf das Zusammen- und Aufeinanderwirken der im Dienste des Guten gesellten Menschen Bezug haben — und aus dem natürlichen Gebote fließen, den Nebenmenschen in der sittlichen Bethätigung seiner Kräfte nicht zu stören, das sind die Rechtspflichten. Weil mein Nächster seine größtmögliche Vermehrung des Guten leisten, d. h. seine Liebespflichten ungehindert erfüllen soll, darum habe ich Rechtspflichten gegen ihn, und umgekehrt, ich habe Rechtsansprüche gegen die andern Subjekte um der Liebespflichten willen, deren Erfüllung mir auferliegt. — Die primäre Pflicht ist, das praktisch Beste zu wählen; alle andern Pflichten und Rechte rechtfertigen sich durch sie und leiten sich von ihr ab. *Πάντες οἱ ἀνθρώπινοι νόμοι τρέφονται ὑπο ἑνος τοῦ θεῖου.* Da nun ferner eine Reihe der schwerwiegendsten utilitarischen Erwägungen die Präzisierung dieser Pflichten und die stärkstmögliche Garantie ihrer Befolgung durch die staatliche Gewalt erheischen, so erscheint die Gehorsamspflicht gegen die Gesetze als eine der allerwichtigsten natürlichen Rechtspflichten.

Erkenntnis seit Kant gemacht hat, wie immer die Formulierung der ethischen Prinzipien bei dem einzelnen Denker sich gestalten mochte, besteht in der autonomen Sittlichkeit als höchste Form des Ethos. Woher der Inhalt des Gebotes auch stamme, vollkommen sittlich ist nur die Handlung, zu der wir uns kraft unsers Wesens, nicht kraft einer von einem andern gesetzten Norm verpflichtet fühlen. . . . . Der Begriff der Pflicht ist ein einheitlicher. Rechtspflicht und moralische Pflicht, obwohl voneinander scharf(?) unterschieden, stimmen doch in dem Merkmal der Pflicht überein. Der Wandel der ethischen Theorie von der Pflicht muß daher notwendig den der juristischen zur Folge haben."

[14]) Daher das Gebot der Nächstenliebe mit dem der Selbstsorge wohl verträglich ist.

27. Nicht verkannt darf aber werden, daß diese Gehorsamspflicht — wenn auch eine sehr wichtige, so doch nicht die höchste sittliche Pflicht ist, daß daher trotz alledem wohl Ausnahmen denkbar sind, in denen die Übertretung eines Gesetzes sittlich gerechtfertigt ist.

Es ist ein seltsames Schauspiel zu sehen, wie gerade solche, die leugnen, daß es auch nur eine einzige absolut verpflichtende sittliche Norm gebe, schier in einem Atem die staatliche Norm für ausnahmslos verpflichtend erklären; es ist die vollkommenste Willkür und der vollkommenste Widerspruch. Es ist ferner sichtlich, daß der bloße staatliche Befehl, wenn seine Befolgung durch keinerlei natürlich sittliche Erwägung gerechtfertigt ist, von dem Machtspruch eines bewaffneten Strolches in nichts unterschieden wäre. Ein solcher radikal-relativistischer Positivist gleicht dem Münchhausen, der sich am eignem Schopf aus dem Sumpfe ziehen möchte, er gleicht dem klugen Manne, der den Ast absägt, auf dem er sitzt. In dem Bestreben, das Staatsgesetz auf sich selbst zu gründen, drückt er dem Anarchismus den Spaten in die Hand, um jegliche Autorität zu untergraben. Unfreiwillig werden die Anhänger dieser Normentheorie ein staatszerstörendes Element, gleich den Skeptikern und Sophisten.

II.

Ethik und positives Recht.

1. Wie das Ganze der positiven Rechtsordnung seine Daseinsberechtigung einzig und allein auf seine ethische Bestimmung zu gründen vermag, wie seine Verbindlichkeit nur aus Erwägungen der natürlichen Moral sich ergibt, so empfängt auch der Richter nicht nur das Gebot der Gesetzestreue, sondern die wichtigsten Vorschriften für sein Verhalten überhaupt nicht von dem positiven Recht, sondern von der Ethik. Ich denke hier nicht nur an jene Fälle, wo das Gesetz selbst den Richter anweist, nach den Grundsätzen der Billigkeit, nach „billigem Ermessen“ vorzugehen; hierher gehören insbesondere auch jene Situationen, in denen es die Pflicht des Richters ist, die Lücken des gesetzten Rechtes auszufüllen, sei es, weil ein Übersehen des Gesetzgebers vorliegt, sei es, weil das Gesetz durch die lebendige Wirklichkeit überholt, für eine ganze Klasse von Verhältnissen keine Normierung enthält. Gilt es nicht, Lücken auszufüllen, so kann es angezeigt

sein, Widersprüche zu lösen, wenn nicht dies, so für zweifelhafte Bestimmungen Rat zu schaffen; hier überall, wo uns das Gesetz im Stiche läßt, ist die Entscheidung im Sinne des natürlich Gerechten, d. h. dessen, was in Erwägung aller Umstände recht und billig ist, zu erfüllen; als regelmäßige Pflicht ergibt sich hierbei die Rücksicht auf jene Bestimmungen, die das Gesetz in ähnlichen Fällen bevorzugt; denn nur so wird ein den Vorteilen des positiven Rechtes möglichst nahekommender Zustand geschaffen; auch spricht für jedes Gesetz eines Kulturstaates die Präsumtion, es bestrebe sich, dem ethischen Prinzip möglichst Rechnung zu tragen, so daß der Geist des Gesetzes mit dem Geiste der Gerechtigkeit zusammenfallend gedacht werden darf [15]).

2. Sowohl diese Regeln der Gesetzesergänzung als auch weiterhin die Regeln der Gesetzesdeutung können in letzter Linie nicht positiv-rechtlicher Natur sein; denn selbst dort, wo sie, wie in Österreichs A.B.G.B. in den Gesetzestext aufgenommen sind, sind sie selbst ihrerseits sowohl ergänzungs- als auch auslegungsbedürftig; weder für ihre eigne Ergänzung noch für ihre eigne Interpretation können aber sie selbst wieder herangezogen werden. Soll hier ein korrektes Verfahren platzgreifen, so ist es vielmehr klar, daß die Vorschriften der Logik und juristischen Methodik maßgebend sein müssen; mit andern Worten: es ist natürliche Rechtspflicht des Richters, diesen gemäß vorzugehen; so wird denn auch die Rechtsprechung dort, wo ein Gesetz überhaupt keine Ergänzungs- und Auslegungsregeln enthält, nicht anders verfahren dürfen. Schon diese Überlegung allein genügt, um die Unmöglichkeit des extrem positivistischen Standpunktes darzutun.

3. Eine unlösbare Schwierigkeit schafft der extreme Positivismus in jenen Fällen, wo die gesetzliche Regel mit den Forderungen wahrer Gerechtigkeit nicht in Einklang stehen, „weil sie mangelnder Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse, parteiischer Begünstigung gewisser Sonderinteressen oder der Befangenheit ihrer Urheber in dogmatischen Vorurteilen ihre Entstehung verdanken, oder weil in Folge eines Zurückbleibens der Rechtsentwickelung hinter den An-

[15]) Man vgl. § 7 des österreichischen A.B.G.B. mit dem 1. Absatz des Kundmachungspatentes. In dem letztern ist ausdrücklich gesagt, daß die allgemeinen Grundsätze der Gerechtigkeit bei der Abfassung des Gesetzes Berücksichtigung gefunden haben.

forderungen veränderter Lebensverhältnisse sich „Vernunft in Unsinn, Wohltat in Plage“ gewandelt hat“ [16]).

Selbst Schloßmann, der durchaus nicht der extrem positivistischen Richtung huldigt, lehrt, der Richter müsse in solchem Falle nach dem Grundsatze „perquam durum est, sed ita lex scripta est“ vorgehen. „Dieses Wort, welches ein römischer Jurist in einem solchen Falle einmal aussprach“, sagt er wörtlich, „kennzeichnet die Stellung des Richters zum positiven Rechtssatz“.

4. Schloßmann denkt hier an den modernen Richter, denn die römische Jurisdiktion hat sich gerade in ihren fortgeschritteneren Stadien an diesen Grundsatz nicht gehalten; nicht nur dort, wo eine durch intellektuellen oder moralischen Defekt des Gesetzgebers oder eine durch den Wandel der äußern Verhältnisse bedingte Mangelhaftigkeit des Gesetzes vorlag (Unbilligkeit im weitern Sinne), auch dort, wo eine jener Inkonvenienzen sich offenbarte, die bei jedem Gesetze als einer auf den Durchschnitt berechneten Maxime unvermeidlich sind (Unbilligkeit im engern Sinne), gestatteten sich die Römer nicht selten, von dem Gesetze abzugehen.

Schloßmann selbst hat in früherer Zeit diesem Verfahren zugestimmt: In seinem „Vertrag“ heißt es S. 233: „Bei den Römern gab der Prätor, wo ein Bedürfnis sich zeigte, wenn auch wohl zögernd, neue actiones, entweder im Edikt, oder doch wenigstens für den einzelnen Fall, und so wird im Großen die Billigkeit in der Rechtspflege ihre Verwirklichung gefunden haben. Aber uns sollte es verwehrt sein, in jedem neuen Fall die Billigkeit zu Rate zu ziehen, und das zu tun, was ein römischer Prätor unzweifelhaft getan haben würde? Und bloß darum, weil unsere Richter keine römischen Prätoren sind?“

Auch Windscheid [17]) muß zugeben, daß die römischen Juristen und Richter nicht nur einmal, sondern öfter die aequitas gegen das ius zur Geltung gebracht haben; nur fügt er warnend hinzu: „Aber die Stellung der römischen Juristen war auch eine freiere als die der heutigen Juristen und Richter.“

Gerade diese freiere Stellung hat jedoch ermöglicht, was Schloßmann auch heute noch als größten Vorzug des römischen Rechtes preist:

---

[16]) Siegmund Schloßmanns feinsinnige Rektoratsrede „Bürgerliches Gesetzbuch und akademischer Rechtsunterricht“. Kiel 1896.

[17]) Lehrbuch des Pandektenrechts, § 28.

„Zwischen den Klippen eines rücksichtslosen Kultus logischer Folgerichtigkeit, mit der Gefahr, daß das summum ius zur summa iniuria werde, und einer die Gefahr subjektiver Willkür einschließenden weitherzigen Billigkeit in der Beurteilung des einzelnen Falles stets sicher hindurchgesteuert zu sein, und zugleich das Recht im ganzen so ausgestaltet zu haben, daß es nach Möglichkeit vor den Übeln beider bewahrt, der Vorzüge beider teilhaftig wurde und blieb, das ist die größte Leistung der römischen Jurisdiktion und Jurisprudenz auf dem Gebiete des Privatrechts“[17a]).

5. Durch den Grundsatz der ausnahmslos starren Bindung des modernen Richters und Juristen an das Gesetz wird aber, so könnte einer sagen, der heutigen Rechtsprechung und Rechtslehre von vornherein die Möglichkeit, zu gleicher Vollkommenheit zu gelangen, entzogen. Wenn ferner an dem so häufig vernehmbaren Gerede von der Schädlichkeit der Logik für das Recht, wenn an der Warnung Iherings vor der „Begriffsjurisprudenz“ irgend etwas Wahres ist, so ist es doch unstreitig dies, daß die ausnahmslose und rücksichtslose Anwendung eines Rechtssatzes Schaden bringen und die Jurisprudenz daher der Rücksicht auf die „Billigkeit“ nicht entraten kann.

6. Doch wie schon angedeutet: man kann hier zwischen „Billigkeit“ im weitern und im engern Sinne unterscheiden. Im engern technischen Sinne bedeutet das Wort so viel wie Berichtigung des ob seiner allgemeinen Fassung im konkreten Anwendungsfalle mitunter notwendig unpassenden Gesetzes[18]).

„Neque leges, neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit et ea, quae plerunque accidunt contineri.“ (Julianus L 10 D de legibus 1, 3).

Auch jene Gesetze, die sich durchaus und mit Erfolg bestreben, gerechte Gesetze[19]) zu sein, müssen hiernach im Einzelfalle manchmal versagen und zu Unbilligkeiten führen.

Die Unbilligkeit im weitern Sinne ist Ungerechtigkeit des Gesetzes durch ethischen oder intellektuellen Defekt des Gesetzgebers

---

17a) In der cit. Rektoratsrede.

18) Vgl. Unger, System S. 71.

19) Vgl. oben S. 780.

oder infolge allzugroßer Säumigkeit des gegenwärtig zur Gesetzgebung berufenen Faktors[20]).

7. Betrachten wir zunächst den Begriff der „Billigkeit" in seinem engern „technischen" Sinn; er stammt, wie der der Billigkeit überhaupt, von den Griechen; bei Plato und insbesondere bei Aristoteles finden wir ihn ausgeprägt, erst nach Berührung mit dem fremden Recht hat das römische den Geist der Billigkeit langsam in sich aufgenommen.

Die aequitas, dieses „immerfort thätige Korrektiv" des römischen Rechtes, wie Leist sie nennt, war nicht Geist vom römischen Geist, sondern ein ihm ursprünglich fremdes, rezipiertes Element; und die dem römischen Geiste adäquate Assimilation und Fortbildung desselben übernahm in seiner eigentümlichen Zwitterstellung der römische Prätor[21]), halb Richter, halb Gesetzgeber.

Das spätere „römische Recht" kannte diese Institution nicht, ohne jedoch einen Ersatz dafür zu schaffen; wer Iherings Schriften liest, sei es auch nur seinen „Scherz und Ernst"[22]), sieht, zu welchen Mißständen dieser Zustand führte; mit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches im deutschen Reich ist nun auch für Schloßmann die Versuchung geschwunden, dem Richter die Rechte eines Prätors zu vindizieren, und auch er vertritt nun mit der herrschenden Lehre den Grundsatz der strikten Handhabung des Gesetzes.

8. Es erhebt sich da zuerst die Frage, wie dieses Prinzip zu rechtfertigen ist, und ob dadurch die aequitas aus dem Rechtsleben ganz und gar verbannt werden soll.

Schon Aristoteles, obwohl er, wie erwähnt, den Begriff der Billigkeit (im weitern und engern Sinne) zu der erreichbaren Schärfe

---

[20]) Diese beiden Begriffe der „Billigkeit" sind nicht durch scharfe Grenzen getrennt; ein Gesetz kann z. B. dadurch mit der Zeit zu Unbilligkeiten im engern Sinne führen, daß das gesellschaftliche Leben zu unvorhersehbaren Differenzierungen und Komplikationen gedeiht. Nach einem aristotelischen Worte ist in praktischen Disziplinen Akribie nicht zu erreichen.

[21]) Man vgl. hierzu Ihering, Zweck im Recht I, S. 432 ff. Das Wesen der römischen Institution charakterisiert Ihering mit den Worten: „Gesetzgebende Gewalt für den einzelnen (gerichtlich anhängig gewordenen) Fall, individualisierende Gerechtigkeit im Gegensatz der abstrakten durch das Gesetz."

[22]) Vgl. auch Kampf ums Recht, 7. Aufl., S. 83 ff.

ausgeprägt hat, forderte doch die Herrschaft des Gesetzes[23]) mit der Begründung, daß sonst die Gefahr des Mißbrauchs in eminenter Weise gegeben und der Willkür Tür und Tor geöffnet wäre.

Die Billigkeit[24]) habe nicht der ordentliche Richter, sondern der Schiedsrichter zu üben, wenn die Parteien sich ihm unterwerfen (Rhetorik I 14) und insbesondere die streitenden Parteien selbst sollen in ihrem Verhalten gegeneinander auf das sehen, was der Billigkeit entspricht. Bentham wiederholt mit Nachdruck die aristotelischen Argumente; er fügt hinzu, ein Abgehen vom Gesetze müsse die gefährlichste Rechtsunsicherheit erzeugen (a. O. S. 219); möge das Gesetz schlecht sein, man sehe doch wenigstens die Grenzen des Übels, setze der Richter sich über das Gesetz hinweg, so sei das Übel unabsehbar. „Alle Anmaßung einer Gewalt, welche höher ist als das Gesetz, ist sie auch in ihren unmittelbaren Folgen nützlich, muß ein Gegenstand des Schreckens für die Zukunft sein[25])."

Ihering (Zweck im Recht I 387 ff.) verweist zu dem allen noch auf die erzieherische Wirkung, welche das unerschütterliche Vertrauen auf die Gesetzlichkeit des Richters für den Volkscharakter ausübt, und sagt fast mit denselben Worten wie Aristoteles: „Der

[23]) Die Vorteile des Gehorsams schätzt er so hoch, daß er (Eth. Nch. II. 8.) sogar gegen die häufige Abänderung der Gesetze durch den Gesetzgeber selbst warnend seine Stimme erhebt; denn der Gehorsam werde durch Gewöhnung erzeugt und diese bedürfe einer langen Zeit.

[24]) Aristoteles lehrte:

ποιεῖ δὲ τὴν ἀπορίαν ὅτι τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον μέν ἐστιν, ού τὸ κατὰ νόμον δέ ἀλλ ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου. αἴτιον δ' ὅτι ὁ μὲν νόμος καθόλου πᾶς, περὶ ἐνίων δὲ οὐχ οἷόν τε ὀρθῶς εἰπεῖν καθόλου. ἐν οἷς οὖν ἀνάγκη μὲν εἰπεῖν καθόλου, μὴ οἷόν τε δὲ ὀρθῶς, τὸ ὡς ἐπὶ τὸ πλέον λαμβάνει ὁ νόμος, οὐκ ἀγνοῶν τό ἁμαρτανόμενον· τὸ γὰρ ἁμάρτημα οὐκ ἐν τῷ νόμῳ οὐδ' ἐν τῷ νομοθέτῃ ἀλλ' ἐν τῇ φύσει τοῦ πράγματος.

(Eth. Nch. E 14, 1137 b 11.) Man vergleiche hierzu die Bemerkungen im 13. Kapitel des 1. Buches der Rhetorik, dann im 11. und 16. Kapitel des 3. Buches der Politik.

[25]) Man versäume nicht, diese Stelle bei Bentham selbst nachzulesen; wir besitzen in der Ausgabe Benekes (Berlin 1830) eine vorzügliche Darstellung seiner Rechtsphilosophie, vgl. I. Band der Grundsätze der Zivil- und Kriminalgesetzgebung S. 180, 182, 206, 218, 276, 299, 361; Bentham wird eben noch lange nicht nach Gebühr gewürdigt; Lasson z. B. tut ihn und J. St. Mill mit den Worten ab: „Alles das liegt abseits von dem Wege strenger Wissenschaft"!

Richter soll gewissermaßen nichts sein, als das lebendiggewordene, in seiner Person der Sprache teilhaftig gewordene Gesetz."

9. Wir haben oben gesehen, was der Rechtsordnung die ethische Sanktion verleiht: ihre Fähigkeit, in der menschlichen Gesellschaft die sittliche Entfaltung der einzelnen Kräfte vor gegenseitiger störender Beeinflussung möglichst zu sichern[26]); das Vertrauen auf die getreue Anwendung des Gesetzes ergänzt erst das Vertrauen auf das pflichtgemäße Verhalten unserer Nebenmenschen derart, daß wir mit diesem als einem sicheren Faktor unserer Unternehmungen und Pläne rechnen können, und wird so selbst zur Grundbedingung des sozialen Lebens; alles, was dieses Vertrauen zu erschüttern droht, bedroht den Lebensnerv der Gesellschaft. Durch eine Art natürlichen Instinktes zeigt sich daher die öffentliche Meinung am empfindlichsten, wenn von dem Richter in seiner Eigenschaft als Hüter des Gesetzes[27]) von dem Gesetze abgegangen wird.

Bei den Römern wurden die in der Macht des Prätors eingeschlossenen Gefahren durch Kautelen verschiedener Art paralysiert; von unsern heutigen Richtern, die lediglich das Amt der Rechtsprechung zu üben haben, und auf Lebenszeit ernannt werden, fordert man, wie Ihering bemerkt „die unverbrüchliche Anwendung des Gesetzes und nimmt etwaige Härten und Unbilligkeiten mit in den Kauf".

10. Ist auf diese Weise die Regel der strikten Gesetzestreue auch gerechtfertigt, so kann es doch nicht die Meinung sein, daß diese „Härten und Unbilligkeiten" nicht auf ein möglichst geringes Maß zu reduziren sind.

Nach dem Ausgeführten kann aber diese Reduktion regelmäßig und grundsätzlich nicht dem Richter im Widerspruch zum Gesetze

---

[26]) Ihering nennt dies „moralische Existenzbedingung" d. h. Bedingung der moralischen Existenz, d. i. eben des sittlichfreien Wollens und Wirkens.

[27]) Wie im Privatrechte zunächst der Einzelne berufen ist, das in seiner Person gekränkte Recht im Allgemeininteresse gegen dreiste Angriffe durch Anrufung des richterlichen Schutzes zu wahren, hat Ihering in vortrefflicher Weise dargelegt.

Daß aber der Kampf ums Recht auch in jenen Fällen, „wo der Angriff auf das Recht zugleich eine Mißachtung der Person enthält", nicht absolute Pflicht ist, muß den Vertretern des Relativismus gegenüber wohl kaum erinnert werden.

überlassen bleiben; es ist daher die Aufgabe, sie vom Richter im Einklang mit dem Gesetze vornehmen zu lassen.

Zur Lösung dieser Aufgabe ist der Weg seit langem von der Gesetzgebung selbst angebahnt.

Das Gesetz selbst gibt nicht selten „der Regel eine Dehnbarkeit, die dem richterlichen Ermessen einen völlig freien Spielraum läßt, wo also die Regel selbst gewissermaßen dem Individuellen sich anschmiegt . . .“ [28]).

Dies ist unzweifelhaft der Weg zur bestmöglichen Lösung des Problems; in der richtigen Erkenntnis der Relativität aller seiner Normen wird das Gesetz künftig in noch erhöhtem Maße den Richter von vornherein in planvoller Weise autorisieren müssen, jene Abweichungen sich zu gestatten, die nach Lage des konkreten Falles die Härte der Durchschnittsregel mildern.

Sogar Bentham, dem die Sicherheit als höchster Zweck des Rechtes gilt, sagt in diesem Sinne:

„Der Gesetzgeber kann nur allgemeine Regeln aufstellen, ihre Modifikation durch besondre Verhältnisse muß er dem Ermessen des Richters überlassen. Die Gefahr dabei ist sehr gering, da ja aus dem Mißbrauche dieser Macht unstreitig kein größeres Übel entstehen kann, als welches aus dem unbeweglich bestimmten Gesetze . . . . notwendig hervorgehen müßte [29]).

Jhering ist hier allerdings andrer Meinung; er wendet ein:

„Immer aber bleibt dieses Mittel insofern ein höchst gewagtes und bedenkliches, als die rechtliche Beurteilung damit den festen Boden der objektiven Rechtsregel verläßt und sich dem schwankenden Element subjektiver Eindrücke anvertraut, einem Element, das recht eigentlich das der bewußten oder unbewußten Willkür ist.“

11. Man darf nun in der Tat die Gefahr des Mißbrauchs nicht unterschätzen; allein es ist auch nicht zu vergessen, was die Geschichte lehrt, daß nämlich andernfalls der Zustand der richterlichen Ungesetzlichkeit mit der Zeit unvermeidlich wird; ferner ist zu erwägen, daß das Gesetz, welches seine Voraussicht und Vorsorge wenn auch nicht hinsichtlich der konkreten sich ergebenden Ausnahme, so doch

---

[28]) Jhering, Geist des röm. Rechtes, II. Buch, 1. Absch. § 29; der freilich dieser Freiheit, wie wir gleich sehen werden, nicht sympathisierend gegenüber steht.

[29]) Grundzüge der Zivil- und Kriminalgesetzgebung, Ausgabe v. Beneke.

hinsichtlich des Eintretens von Ausnahmen im allgemeinen und der Richtung in der sie zu erwarten sind, bewährt, seine eigne Autorität stärkt oder doch deren Untergrabung verhütet; denn, wie Schloßmann treffend bemerkt, es handelt der Richter in solchem Falle „noch immer in Vollmacht des geltenden positiven Rechtes".

Endlich ist zu beachten, daß ein Ausbau der Gesetzgebung in dem hier vertretenen Sinne selbstredend mit einer steigenden ethisch-politischen Bildung des Juristen- und Richterstandes Hand in Hand gehen muß; in dieser allein liegt die erreichbar größte Garantie für die Vermeidung des Mißbrauches; veram philosophiam non simulatam affectantes, sagt Ulpian, werden die Juristen zu Priestern der Gerechtigkeit und das ius die ars boni et aequi.

12. So viel de lege ferenda; nun noch einige Worte de lege lata.

Es ist nach dem Gesagten klar, daß die Norm der strikten richterlichen Gesetzestreue auch nach meiner Meinung die richtige ist; allein es hieße ihren Charakter als eines sekundären praktischen Prinzipes verkennen, wollte man ihre absolute Verbindlichkeit behaupten; wie jede Regel des Rechtes ist auch sie relativ und es muß für ungewöhnliche Umstände auch eine Ausnahme denkbar sein. Als ein absolut unverbrüchlicher, wird daher der Grundsatz der Gesetzestreue nicht bezeichnet werden dürfen.

13. Für den, der dies leugnen würde, gibt es nur zwei Möglichkeiten: entweder er müßte die Relativität aller sekundären ethischen Regeln verkennen, und behaupten, es sei ganz und gar ausgeschlossen, daß es für den Richter als solchen eine höhere Pflicht als die Gehorsamspflicht (die Pflicht der Gesetzestreue) geben könne; es wäre dies ein seltsamer Irrtum in einer Zeit, wo gerade von juristischer Seite so sehr über das Ziel geschossen wurde, daß die Lehre von der Relativität aller ethischen Vorschriften zum herrschenden Dogma sich aufschwang! — oder er müßte den Charakter der Gehorsamspflicht als einer ethischen leugnen, was aber nichts anderes hieße, als ihr den Charakter der Pflicht überhaupt absprechen.

Es bleibt sonach nichts übrig als auch hier die Relativität anzuerkennen und die Möglichkeit einer ausnahmsweise berechtigten Anwendung der aequitas gegen das Gesetz zuzugestehen und somit den extremen Positivismus zu verlassen.

14. Von positivistischer Seite ist auf andere Weise versucht worden, das vorliegende Problem zu lösen; in Fällen der besprochenen Art muß nach Stoerk[30]) „die Theorie der Rechtslehrer wie die praktischen Urteilssprüche der Richter zu Vermutungen, Erklärungen, Fiktionen ihre Zuflucht nehmen, um mit dem Schein bei dem positiven Rechte stehen zu bleiben, dem natürlichen Laufe der Dinge folgen zu können".

Ich könnte dieser Lehrmeinung entgegenhalten, daß es eines Hüters der Gerechtigkeit unwürdig ist, den bloßen „Schein des positiven Rechtes" hervorzurufen, wenn er das positive Recht nicht auf seiner Seite hat, „denn" sagt Unger, „der Staat hat als Hüter und Schirmer der Rechtsordnung die Aufgabe, das wirkliche Recht, nicht das scheinbare Recht zu schützen: er hat der wahren Wahrheit, nicht dem falschen Schein der Wahrheit zum Siege zu verhelfen"[31]). Auch wird jedermann ohne weiteres einsehen, daß die natürliche Rechtspflicht der Wahrhaftigkeit von niemandem so sehr als vom Richter in seiner eigentlichen richterlichen Thätigkeit beobachtet werden sollte. Dennoch wollen wir eingedenk der Relativität aller sekundären ethischen Vorschriften einräumen, daß Ausnahmsfälle nicht undenkbar sind, in denen sowohl die strikte Befolgung der Rechtsnorm, als auch die offene Abweichung von derselben mit der richtigen ethischen Überzeugung des Richters nicht vereinbar ist.

15. Allein als Regel für das Verhalten in derartigen Ausnahmsfällen wird man die bewußte Täuschung nicht empfehlen dürfen. Die von Aristoteles, Bentham und Jhering so sehr gefürchtete Gefahr bodenloser Willkür droht bei einer solchen Jurisprudenz des Scheines viel mehr als bei dem durch den äußersten Notfall aufgedrungenen offenen Abgehen vom positiven Rechte[32]). Rechtsunsicherheit wird noch viel mehr als dort hier er-

---

[30]) Zur Methodik des öffentlichen Rechtes 1885.

[31]) Rede über die Zivilprozeßordnung, österr. Zeitschrift für Verwaltung 1895.

[32]) Darum verurtheilt Jhering so nachdrücklich die Jurisprudenz der Portia gegenüber dem Juden in Shakespeares „Kaufmann von Venedig"; gegen das Gesetz hätte nach Jhering der Richter den Anspruch Shylocks, als unsittlich, für hinfällig erklären dürfen; nicht aber ihn für gesetzmäßig erklären und nachher das Recht des Scheins durch den Schein des Rechtes zu paralysieren; letzteres war nach Jherings Überzeugung ein „elender Winkelzug, ein kläglicher Rabulistenkniff".

zeugt, wo jeder sich jedesmal fragen muß: ist das Urteil wirklich oder nur scheinbar auf das Gesetz gegründet? Auch wird nach jenem Verfahren die vorhandene Inkonvenienz enthüllt, nach diesem aber verschleiert und so die Reform des Gesetzes in der angedeuteten Richtung noch mehr verzögert.

16. Werfen wir noch einen Blick auf das, was wir „Unbilligkeit" im weitern Sinne nennen; das Gesetz ist seiner Anlage oder seiner Tendenz nach schlecht. Es ist klar, daß de lege ferenda ein Mittel nach Art des vorhin empfohlenen hier versagt; weder der vorsätzlich-ungerechte, noch der fahrlässig-unfähige Gesetzgeber wird es anwenden; der Mangel entspringt hier eben aus der Fehlerhaftigkeit der Regelnden und nicht aus der notwendigen Relativität der Regel. — Alles praktische Bestreben kann daher nur darauf gerichtet sein, jene zu beseitigen.

17. Die Frage, was de lege lata zu gelten hat, glaube ich nicht besser als mit den Worten Brentanos beantworten zu können:

„Daß ein an und für sich naturwidriges, schlechtes Gesetz, so sehr es vom ethischen Standpunkte zu mißbilligen, und so dringend seine Abänderung zu fordern ist, dennoch in vielen Fällen durch die Vernunft eine interimistische Sanktion empfängt, ist längst erkannt und wie, z. B. von Bentham in den traités de Législation civ. et pén., klargelegt worden. Im Altertum ist Sokrates, der sich der Speisung im Prytaneum für würdig hielt, für diese Überzeugung gestorben. Die positive Gesetzgebung schafft trotz aller Mängel einen Zustand, der besser als Anarchie ist, und da jeder Ungehorsam gegen das Gesetz seine Kraft im allgemeinen zu beeinträchtigen droht, so mag unter diesen durch das Gesetz selbst erzeugten Verhältnissen vorläufig für den einzelnen auch vom Standpunkt der Vernunft das als die richtige Handlungsweise sich ergeben, was, davon abgesehen, keineswegs zu billigen wäre. Das alles folgt widerspruchslos aus der Relativität der sekundären, ethischen Regeln. . . . . . „Man darf aber" fügt Brentano hinzu „nicht übersehen, daß es hier Grenzen gibt und daß der Satz „man soll Gott[33]) mehr gehorchen als den Menschen" nicht in seiner freien, erhabenen Größe beeinträchtigt werden darf."

[33]) Es ist nach dem früher über die auch dem Theisten unentbehrliche natürliche Moral Gesagten kaum ein Zweifel über den Sinn dieses Satzes möglich.

III.

Lücken im Strafrecht.

1. Haben die vorstehenden Betrachtungen sich auch vornehmlich auf dem Boden des Privatrechts bewegt, so sind sie doch auch für den Strafrichter nicht ohne Belang, nicht nur, sofern er in die Lage kommt, über Privatrechte zu urteilen, sondern auch dort, wo er den Spruch über Schuld und Strafe zu fällen hat; denn während in ersterer Hinsicht das Gesagte für ihn vollinhaltlich gilt, dient es in andrer Hinsicht dazu, seine eigentümliche von der des Zivilrichters abweichende Stellung in helleres Licht zu setzen.

2. Im Zivilrecht nämlich gebietet nicht nur die natürlich-praktische Erwägung, sondern auch das Gesetz selbst die Ausfüllung von Lücken und verwehrt wenigstens nicht ausdrücklich das ausnahmsweise Abgehen vom Gesetze. Für das Strafgesetz gilt das gerade Gegenteil:

Die natürliche Erwägung, sage ich, verwehrt sie; denn das Strafgesetz droht dem Delinquenten ein Übel an; „was aber das Gesetz von derartigen Dingen nicht gebietet, verbietet es." Dieser Satz, den bereits Aristoteles im Hinblick auf die Zuläßigkeit des Selbstmordes aussprach, gilt von jeglicher Zufügung eines Übels im allgemeinen.

Aber noch mehr: Das Strafgesetz selbst verbietet sie; denn Rechtswidrigkeiten zu bestrafen, die nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht sind, ist mit klaren Worten dem Richter untersagt.

Wenn nun schon Regeln, die an und für sich durch die ethische Reflexion nicht gerechtfertigt werden, vermöge ihrer Eingliederung in die Rechtsordnung eine interimistische sittliche Sanktion empfangen, so haben Vorschriften, die auch an sich betrachtet als natürliche Rechtspflichten einleuchten, umsomehr Anspruch auf Gehorsam; sie sind doppelt ethisch sanktioniert, und ihre Übertretung wird sich daher doppelt schwer rechtfertigen lassen.

3. Es ist nun eine ganz merkwürdige Erscheinung, daß dessenungeachtet die strafrechtliche Praxis und Theorie das Gebot, nur in den gesetzlich fixierten Fällen Strafe zu verhängen, ignoriert. Ich wiederhole:

Unsre Strafgesetze enthalten übereinstimmend den Satz „nulla poena sine lege"; Strafe verhängen darf der Richter nicht in jedem Falle, wo ein menschliches Verhalten einer positiven Rechts-

norm zuwiderläuft, sondern nur dann, wenn dieses rechtswidrige Verhalten strafbedroht ist. In einer früheren Arbeit[34]) habe ich nachgewiesen, daß unbekümmert um diesen positiven Rechtssatz die Praxis keine Bedenken trägt, nicht mit Strafe bedrohte, aber strafwürdige Unterlassungen mit Strafe zu belegen. Das Verhalten eines so urteilenden Richters ist gesetzwidrig; sittlich gerechtfertigt mag es sein, sowohl, wenn der Richter findet, daß die Befolgung des Gesetzes mit seinem Gewissen durchaus unvereinbar ist, als auch, wenn er durch entschuldbaren Irrtum seine Gesetzwidrigkeit nicht erkennt, oder endlich selbst dann, wenn er absichtlich den bloßen Schein des Rechtes erweckt.

4. Meist wird nach meiner Meinung der Urteilsspruch nun nicht im Bewußtsein seiner Gesetzwidrigkeit gefällt; vielmehr wird die Praxis durch die Theorie der Unterlassungsdelikte, und zwar sowohl durch die überwundene Lehre von der Ursächlichkeit der Unterlassung als auch durch die neueren Lehrmeinungen, welche die Begriffe „natürliche Pflichtwidrigkeit" mit „Übertretung des positiven Rechts" und diesen wiederum mit „Strafbarkeit" verwechseln, im Vereine mit einer unglücklichen Textierung der Strafgesetze in dem Wahne gehalten, gesetzestreu vorzugehen. Ich habe in der erwähnten Arbeit gezeigt, wie dadurch der trügerische „Schein erzeugt wird, beim positiven Rechte stehen zu bleiben" und der von Ihering so verabscheute Zustand „unbewußter Willkür" permanent zu werden droht, indem die Lücken und Mängel des Strafgesetzes mit größter Sorgfalt verschleiert werden.

5. Mit welchem Rechte kann, so muß man fragen, v. Liszt in seinem so vortrefflichen Lehrbuche den Satz vertreten, das Schweigen des Gesetzgebers zwinge zur Durchführung des Satzes: „Der Verursachung eines Erfolges steht dessen Nichthinderung gleich, soweit nicht durch besondere Vorschrift des Gesetzes eine abweichende Behandlung der Unterlassung vorgezeichnet ist." ?! Wie ist es möglich im Hinblick auf § 2 des R.St.G. „diesem Bollwerk des Staatsbürgers gegen die staatliche Allgewalt", wie v. Liszt selbst ihn nennt, nicht vielmehr den Satz als Regel anzuerkennen: „Der Verursachung eines Erfolges steht dessen Nichthinderung nur insofern gleich, so-

[34]) Das Dogma von der Ursächlichkeit der Unterlassung; Prager Juristische Vierteljahresschrift, 30. Bd.

weit die gleiche Behandlung durch besondere Vorschrift des Gesetzes geboten ist"[35]). ?

6. Schon Löffler hat in einer verdienstvollen Kritik des Lisztschen Lehrbuches richtig bemerkt, der Satz, daß pflichtwidrige Unterlassung der verursachenden Handlung gleichsteht, sei nur dann richtig, wenn der Gesetzgeber die Handlungspflicht der korrespondierenden Unterlassungspflicht wirklich gleichgestellt hat. Doch ist er der Meinung, es sei nun die Aufgabe der Interpretation — wenn auch eine verzweifelt schwierige Aufgabe — im einzelnen festzustellen, wann diese Gleichstellung vorliegt. Ich halte diese Aufgabe für sehr leicht zu lösen. Wo die Strafbarkeit nicht ausdrücklich und unzweifelhaft im Gesetze ausgesprochen ist, dort ist sie durch das Gesetz ausdrücklich und unzweifelhaft ausgeschlossen.

Dagegen stimme ich mit Löffler vollinhaltlich überein, wenn er seine Untersuchung mit den Worten schließt: „Das Resultat unsrer Betrachtung über die Unterlassung wird daher kein andres sein können, als die dringende Aufforderung an den Gesetzgeber, mit aller möglichen Schärfe und Klarheit zum Ausdruck zu bringen, wann jene Gleichstellung eintreten soll."

7. Man könnte versucht sein einzuwenden: Die Relativität aller sekundären ethischen Normen vermöge doch auch in dem vorliegenden Falle das Vorgehen der Theorie sowohl, als auch der Praxis zu rechtfertigen.

Hinsichtlich der „Praxis" habe ich bereits zugegeben[36]), daß ihr Verhalten nicht absolut verwerflich ist.

Von der „Theorie" aber ist hier zu fordern, daß sie die Praxis über ihre Gesetzwidrigkeit aufklärt. Oder wird einer behaupten, daß für den Rechtslehrer die Pflicht der Wahrhaftigkeit vorliegendenfalls hinter höheren Rücksichten zurückzustehen habe? Nicht als ob ich glaubte, die Theorie unterstütze nicht in voller Überzeugung ihrer Richtigkeit die irrige Praxis; ich deute nur auf die Möglichkeit dieser Aussicht hin, weil jeder Versuch einer andern, insbesondere einer Rechtfertigung vor dem Richterstuhl der Logik mir unmöglich scheint.

Letztern Nachweis glaube ich in der obenerwähnten Schrift, auf welche ich mir zu verweisen gestatte, erbracht zu haben. Hätte

[35]) Vgl. meine ob. cit. Abhandlung über diesen Gegenstand S. 53 ff.

[36]) Vgl. oben S. 790.

man nicht, wie Landsberg, einer der Anwälte der gegenwärtigen Praxis, selbst zugesteht, vermöge allerlei „Schiefheiten und Halbheiten" die gesetzliche Strafbarkeit gewisser Unterlassungsdelikte konstruiert und fingiert[37]) und sich mit dem „Schein des positiven Rechts" begnügt, der Gesetzgeber hätte längst die klaffende Lücke auszufüllen Anlaß nehmen müssen.

Der Standpunkt Liszts wäre dann richtig, wenn das Strafgesetz etwa folgende Bestimmungen enthielte:

§ m. Jedermann ist hinsichtlich jeder seiner Handlungen und Unternehmungen nicht nur zur Anwendung der jeweils angemessenen, beziehungsweise gebotenen Überlegung und Vorsicht verpflichtet, sondern auch weiterhin gehalten, etwaigen nachträglich drohenden Folgeübeln, deren vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung durch Handlung strafbar wäre, nach Tunlichkeit vorzubeugen oder nachträglich entstandenen entgegenzuwirken[38]).

§ n. Wer eine Handlung unterläßt, zu der er vermöge einer vorangegangenen Handlung (§ m), infolge einer freiwillig übernommenen Verpflichtung oder laut sonstiger gesetzlicher, beziehungsweise obrigkeitlicher Anordnung[39]) rechtlich verpflichtet erscheint und dadurch einen Erfolg bedingt, der, wenn durch Handlung verschuldet, strafbar wäre, dessen Verhalten bildet, sofern nicht besondere Bestimmungen getroffen sind, den Tatbestand jenes Paragraphen des Strafgesetzes, der die Herbeiführung durch Handlung, beziehungsweise die Teilnahme bedroht.

Es will mir nicht einleuchten, daß es praktisch vollkommen belanglos sein soll, ob solche oder ähnliche Bestimmungen im Gesetze enthalten sind oder nicht! — Würden wir aber einen Augenblick diese praktische Äquivalenz annehmen, sofort müßten uns die absurden Konsequenzen eines Besseren belehren; ich kann es der Phantasie des Lesers überlassen, sich auszumalen, welche Rechtsunsicherheit erzeugt würde, welch unbegrenztes Sykophantentum, welche Gefahr des Mißbrauchs allein in angeblichen politischen und religiösen Delikten heraufbeschworen wäre! Ich will ferner ganz davon

---

[37]) Sogar aus dem Geist des Gesetzes und der Gesetzgeber!

[38]) Durch diesen Paragraphen wäre die natürliche Rechtspflicht als positive explizit zum Bewußtsein gebracht.

[39]) Dieser Paragraph enthielte keine wissenschaftliche Klassifikation oder taxative Aufzählung; er würde vielmehr lediglich die wichtigsten Fälle hervorheben (ähnlich wie § 859 des österr. a. B.G.B.).

schweigen, daß die oft aussichtslose Schwierigkeit der Beweisfrage, auf die schon Bentham hingewiesen hat, gebietet, in den einer Strafsanktion zu unterwerfenden „Kommissivdelikten durch Unterlassung“ eine Auswahl zu treffen; eines, glaube ich, wird mir jedermann zugeben: ein Gesetz, das den Versuch prinzipieller milder straft als das vollendete Verbrechen und das den Versuch eines Vergehens nur in den vom Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen für strafbar erklärt, kann die kriminalpolitischen Erwägungen, die (in der Mehrzahl der Fälle) für eine durchaus mildere Behandlung des Unterlassenden sprechen, unmöglich übersehen.

Zum mindesten eine Bestimmung müßte sich vorfinden, die dem richterlichen Milderungsrecht einen entsprechend erweiterten Spielraum läßt. Nichts derartiges ist gegeben. Gegenüber dieser Tatsache kann der Umstand, daß das Gesetz manchmal, z. B. § 322, eine „Unterlassung“ „Handlung“ nennt ganz und garnicht in die Wagschale fallen.

9. Aus alledem sieht man, daß die Schwierigkeit, die Löffler schon de lege lata für gegeben erachtet, erst de lege ferenda beginnt; denn die gesetzliche Regelung verlangt eine planmäßige Reform des ganzen Strafgesetzes unter sorgfältiger Berücksichtigung des praktisch Erreichbaren. Die eben berührte Schwierigkeit des Beweises hinsichtlich des Vorliegens einer Verschuldung überhaupt, und insbesondere der Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit, wird zunächst eine weise Beschränkung in der Strafdrohung auferlegen.

In einigen Fällen wird die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs (im weitesten Sinne des Wortes) eine exzeptionelle Strenge, in sehr vielen Fällen wird umgekehrt eine außerordentliche Milde am rechten Orte sein.

Wie in dem oben behandelten zivilrechtlichen Problem, so wird auch hier dem Ermessen des Richters viel mehr als bisher überlassen bleiben müssen; das Prinzip der aequitas, in der richterlichen Milderungs- und Verschärfungsbefugnis bereits anerkannt, wird unter Beibehaltung des Prinzips nulla poena sine lege zu ausgedehnterer Berücksichtigung gelangen müssen.

10. Noch ein Punkt ist hier zu berühren. Bentham hat darauf hingewiesen, daß das Zulassen von leicht zu verhindernden Unglücksfällen oder Übeltaten als „negatives Vergehen“ dem „positiven“ an die Seite zu stellen ist[40]. In der Tat kann ein solches

[40]) Vgl. § 510 des österr. Strafgesetzentwurfes.

Unterlassen eine derartige Rohheit oder Gefährlichkeit des betreffenden Individuums offenbaren, daß strenge Strafe gerechtfertigt ist; auch darf der Staat in seiner Eigenschaft als Rechtsschutzanstalt diese Art Sicherheitsdienst von jedem verlangen und so die Liebespflicht in die Sphäre der Rechtspflicht erheben.

Die Auswahl der Fälle, in denen dies gestattet ist, die Art der Bestrafung und die Stellung des Richters erfordern jedoch die vorsichtigste Untersuchung. — Hierüber wage ich nichts weiter zu sagen, zufrieden, wenn die vorstehenden Zeilen dazu beitragen, die Überzeugung zu festigen, daß das Problem in der von mir gekennzeichneten Weise besteht und die hier geübte Methode rechtsphilosophische Fragen als Fragen praktisch-ethischer Natur in Angriff zu nehmen der Berechtigung nicht entbehrt.
